
ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de Valladolid.

**Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido
y eutanasia como problemas legislativos**

I

I. La estadística mundial sobre el suicidio muestra en los países occidentales un promedio de quince casos por cien mil habitantes. En Francia se ha hablado de la aparición de un suicidio a la hora. Tan inquietantes cifras plantean la cuestión de su control social (1).

Desde la Ilustración se reconoce que al Derecho penal no le corresponde tarea inmediata alguna en relación con el suicidio. En Francia, hacia mediados del siglo XVIII el suicida era arrastrado con la faz hacia la tierra, colgado de los pies y privado de los bienes (2). En España, la legislación histórica sólo ha previsto la privación de bienes al suicida. La práctica judicial de colgar el cadáver, preso y acusado por delito digno de muerte era reprobada por Gutiérrez a principios del siglo XIX, bajo el influjo de la concepción ilustrada (3) y sobre todo por Beccaria, quien atacó las penas contra los suicidas, que sólo podrían recaer en un cadáver insensible o en los familiares ino-

(1) V. Simson, G., *Die Suizidat (Eine vergleichende Betrachtung)*, 1976, pp. 18 y ss.

(2) V. Jousse, *Justice criminelle*, IV, 131.

(3) V. *Práctica criminal de España*, III, 4^a ed., p. 63.

centes (4). Inglaterra es el país en que la punibilidad ha perdurado más tiempo, aunque con el argumento de considerar al suicida *non compos mentis*. El Suicide Act de 1961 deja atrás el período del *common law*, en el que el suicidio era estimado como asesinato (*selfmurder*) y declara que “la regla de derecho por la que es un crimen que una persona cometa suicidio queda derogada” (5).

La impunidad del suicidio no prejuzga, sin embargo, el tratamiento jurídico penal de las acciones de participación en él. El código penal francés de 1810, el prusiano de 1851, el alemán de 1871, no contienen tipos sobre la participación en el suicidio, estimada generalmente impune por la doctrina. Pero el sistema contrario ha dominado en Italia, durante el siglo XIX, al aparecer prevista como delito por el Código penal toscano de 1854 (art. 319) y el de Zanardelli de 1889 (art. 351).

En la actualidad tampoco existe un criterio unitario sobre la procedencia de su incriminación. El Proyecto oficial alemán de 1962 no contiene disposición alguna al respecto. Igual sucede en los sistemas penales de Suecia, Finlandia o Luxemburgo. En Francia no se ha modificado la situación originaria del Código penal de 1810.

El Proyecto Alternativo alemán —Parte especial, delitos contra las personas— adopta como principio general el de la impunidad, pero declara punible “no evitar el suicidio de otro si la víctima es menor de edad de dieciocho años o actúa a consecuencia de un trastorno anímico, cuando el omitente con base en un deber jurídico, legal o aceptado voluntariamente frente a la comunidad o un tercero, tenía a su cargo

(4) V. *De los delitos y de las penas*, 32.

(5) V. Smith, J.C. y Hogan, B., *Criminal Law*, 3ª ed., 1973, p. 269.

que el resultado no se produjera”. La pena es la del homicidio, doloso o culposo, según que el hecho sea realizado con dolo o con culpa. Pensamiento fundamental de la figura es someter a pena criminal a quien encontrándose en posición de garantía frente a menores o enfermos mentales, infringe el deber de acción u omite la acción esperada. Más que una genuina participación en el suicidio se tiene en cuenta un delito de homicidio del que el omitente es autor mediato (6).

La participación en el suicidio es punible por el contrario, en Suiza (art. 115), Austria (pgfo. 78 del Código penal vigente desde 1.1.1975) y en el Código penal tipo para Latinoamérica (art. 7, Tít. I, p. esp.). Es también punible en el derecho penal inglés en el cual el art. 2 de la Suicide Act de 1961 crea un nuevo delito referido a “la persona que ayuda, instiga, aconseja o procura el suicidio de otro o la tentativa por otro de cometer suicidio”. La pena prevista es de hasta catorce años de prisión, indudablemente elevada, pero en correspondencia con la dureza de las reacciones del sistema penal inglés. En el Decimocuarto “Report” del Comité para la Revisión del Derecho Criminal, Delitos contra las Personas, se opta por mantener el delito según la redacción de la Suicide Act de 1961, pero con limitación a siete años del máximo de penalidad, la misma que se sugiere para los casos de doble pacto suicida que se aconseja constituyan un nuevo delito, optándose por una solución intermedia entre calificarlo como “murder” y eliminarlo del derecho penal, como pretende Williams (7).

(6) V. *Alternativ-Entwurf*, Bes. Teil, Straftaten gegen die Person, Erst. Halbd., 1970.

(7) V. Prezever, S., *Criminal Homicides other than Murder*, en *The fourteenth Report of the Criminal Law Revision Committee: Offences against the Person*, en *The Criminal Law*, 1980, pp. 540 y ss.

En la discusión alemana sobre la participación en el suicidio ocupa un puesto singular el criterio de Schmidhäuser. No existe, como se ha dicho, en el código alemán vigente disposición al respecto. Dicho autor estima, sin embargo, que la definición del pgfo. 212 del Código penal concerniente al homicidio, es decir, a “el que mate a un hombre, sin ser asesino...” (*“Wer einen Menschen tötet ohne Mörder zu sein...”*) no sólo comprende el homicidio, sino el suicidio. Esta “construcción” no sería posible en los sistemas que describen el homicidio como la muerte de “otro” no como la de un “hombre”. El propósito de Schmidhäuser es facilitar la punibilidad de la participación en el suicidio, equiparándola a la participación en el homicidio. El suicida actuaría de forma típica y antijurídicamente. En el tipo del injusto la producción de la propia muerte se trata igual que la privación de la vida a otro hombre. La razón de la impunidad del suicidio no radica, pues, ni en la falta de tipo ni de la antijuricidad sino únicamente en la presencia de una especial causa de inculpabilidad. Son tomadas en cuenta la vivencia de su vida por el suicida como realidad desprovista de valor, así como “las tensiones trágicas determinantes”, todo lo cual funda una verdadera falta de culpabilidad, correlativa a la que está presente en la autoliberación de la persona privada de libertad o en el favorecimiento entre parientes. Si la impunidad del suicida obedece únicamente a la presencia de un especial motivo de exclusión de la culpabilidad, el principio de la accesoriedad limitada, rector de la participación criminal, permite que quien ha inducido o auxiliado a un suicidio (homicidio) sea punible como inductor o cómplice de éste (8). Esta construcción sin

(8) V. Schmidhäuser, E., *Selbstmord und Beteiligung um Selbstmord in strafrechtlicher Sicht*, en *Festschrift f. Hans Welzel*, 1974, p. 819.

embargo no ha encontrado eco en la literatura. No sólo incurre en analogía prohibida, sino que, históricamente se halla además en contradicción con los criterios del Proyecto oficial de 1962 y del Proyecto alternativo de que la conducta permanezca alejada del Derecho penal.

El problema de la punibilidad de la participación en el suicidio ha sido estudiado profundamente por Simson, para quien la historia de las intervenciones del Derecho penal en el suicidio es la historia de un fracaso, tanto en lo que concierne al suicidio mismo como al auxilio o la instigación. A su juicio, puesto que el suicidio es impune, resulta contradictorio garantizar al suicida tan amplia libertad y, por el contrario, sancionar penalmente la cooperación de terceras personas (9). Esta observación tiene importancia en aquellos casos en que la tentativa de suicidio no llega a consumarse. Entonces la imposición de una pena privativa de libertad a quien sólo ha participado, mientras que el suicida no es sometido a proceso puede llevar a situaciones incoherentes. Simson destaca también que los casos de inducción son infrecuentes y que la importación político criminal del problema es reducida si la posible punición del auxilio o la inducción se relaciona con el número total de suicidios. La inducción ordinariamente no tiene resultado y difícilmente puede probarse, y en lo que concierne al auxilio —puede pensarse en la entrega de un arma o de veneno— hay que tener presente el hecho de que los suicidas fantasean y de que quien realiza la acción de auxilio pudo pensar que la cosa “no iba en serio”, situación que reflejaría una ausencia de dolo (10).

(9) V. Simson, loc. cit., pp. 110 y ss.

(10) V. loc cit., p. 113.

Este método puede caracterizarse como “tópico”. Toma en cuenta puntos de vista que actúan como principios rectores de la argumentación, la cual se desenvuelve de forma prudencial, al contrario que la argumentación lógico formal, deductiva, en que se parte del principio de la intangibilidad y la irrenunciabilidad absoluta de la vida. La cuestión debe ser, además, planteada a la luz de cada situación histórico social concreta y de los principios políticos criminales orientadores de la actividad del legislador.

Entre estos principios despliega una función esencial la noción material de delito. De conformidad con ella la formación del tipo penal se realiza para dispensar protección a bienes jurídicos fundamentales (entre los que la vida ocupa lugar prioritario), frente a formas de ataque peligrosas y ético socialmente reprochables (11).

Si se prescinde de los casos en que la víctima es inimputable, es decir, enfermo mental o joven de corta edad, casos susceptibles de considerarse constitutivos de homicidio con autoría mediata, la formación legislativa de un tipo sobre la instigación en el suicidio resulta discutible. La causación de la resolución de suicidarse en persona mentalmente madura y psíquicamente sana difícilmente puede tener realidad. En su caso, raramente podrá ser probada. Incluso cabe decir que la acción de quien pretende suscitar en otro una decisión suicida presenta las propiedades de los procesos causales atípicos, en los que la acción no puede introducir ningún peligro real de que el resultado sobrevenga. Ejemplos permanentes son los de quien envía a alguien al bosque para que, producida una tormenta, sea alcanzado por un rayo o la de quien determina a otro a realizar un viaje con la espe-

(11) V. Maurach-Zipf, *Strafrecht*, Allg. T., Tbd. 1, 5 Auf., p. 175.

ranza de que tenga lugar un accidente. De modo paralelo, las hipótesis de instigación al suicidio deberían reconducirse, salvo casos especiales, a la noción de tentativa irreal, en la cual no sólo falta la posibilidad de producción del hecho sino que previamente se trata de hipótesis en que, dados los medios de que el autor se sirve para producir el resultado delictivo, no originan efecto o conmoción alguna en la colectividad.

Esta construcción del problema sería razonable, sin embargo, sólo si se estima abstractamente el suicidio como acción consciente y libre, pero no si se opera en el campo del acontecer psicológico real, en el cual el suicidio muestra una conformación concreta diversa. El tratamiento de la participación no puede prescindir de operar con un modelo sobre el suicidio, modelo que debe apartarse tanto de la concepción de todo suicidio como acto determinado por factores morbosos o patológicos, como de la idea filosófica de que el suicida es la manifestación suprema de la libertad humana. La posibilidad de una participación punible en el suicidio queda excluida si se la considera —de forma parecida a como propone Schmidhäuser— relacionada con el acto de un enfermo mental o de quien actúa en situación en que está excluida la posibilidad de obrar de otro modo. Entonces generalmente se niega la participación en el suicidio, para afirmar la existencia de homicidio realizado mediante autoría mediata. Pero también estaría desecheda la posibilidad de un reconocimiento legislativo de la instigación o del auxilio si se acepta que el suicidio es el acto libre por excelencia, pues entonces la instigación carece de efectividad causal, es decir, está desprovista de eficacia condicional de la decisión de suicidarse.

En la literatura especializada, se considera actualmente que el suicidio no es necesariamente un hecho patológico, sino un hecho psicológico singular. El suicidio surge sobre la base de una situación psíquicamente —no psicopatológicamente— defectuosa. El intento de suicidio —dicen Freedman, Kaplan y Sadock— representa a veces una especie de drama psicológico. Especialmente debe tenerse en cuenta la relación entre suicidio y depresión, pero también que una gran parte de pacientes no presenta la sintomatología clásica de las depresiones. Los factores que deben tenerse presentes para detectar un riesgo de suicidio son las amenazas previas de realizarlo, la psicosis de desconfianza, ideas paranoides, pánico; la enfermedad crónica, el alcoholismo, dependencia de drogas, hipocondría u homosexualidad; la edad avanzada, especialmente en los hombres; intervenciones quirúrgicas recientes, pérdida de un ser querido o de un trabajo, o el parto. Cualquiera de estos factores, dicen los autores mencionados, debería poner sobre aviso al clínico para explorar las ideas o intentos de suicidio (12).

Este amplio elenco no se orienta hacia *causas* determinantes del acto, sino a *factores* que contribuyen a producirlo, en sentido fundamentalmente psicológico.

En este sentido opera el modelo propuesto por Ringel, quien concibe el suicidio como el punto terminal, generalmente, de un proceso psíquico evolutivo. Con relación a este proceso cabe hablar de un “síndrome presuicidal”, en el que son apreciables diversas manifestaciones, como el estrechamiento de las funciones psíquicas, la aparición de agresividad y la presencia de fantasías suicidas. No conside-

(12) V. *Compendio de Psiquiatría*, 1978, pp. 539 y ss.

ra aquí presente Ringel una verdadera enfermedad, sino un hecho que más que al dominio de la psicopatología pertenece al de la psicología. Estos tres factores condicionan la personalidad y pueden producir o conducir a la decisión suicida (13).

Presupuesto un modelo psicológico que se oriente en el sentido expuesto, la decisión de incriminar la participación en el suicidio se halla, en nuestra opinión, justificada. La acción de instigación que opera sobre la base de tal "síndrome presuicidal", previa percepción de la situación existente, con conocimiento de declaraciones, acciones de la víctima indicativas del propósito de suicidarse, etc., susceptibles de ser interpretadas como signos dirigidos a los demás (*Appelsuizid*) cuyo sentido es una solicitud de un apoyo por el suicida presenta las propiedades precisas para ser incorporada a un tipo penal. Efectivamente, en tal caso el acto del instigador intensifica un peligro preexistente para la vida, o sea, posee las propiedades precisas para ser considerado como acción peligrosa que ataca un bien jurídico fundamental. Independientemente de consideraciones éticosociales y sin necesidad de acudir al pensamiento de la solidaridad humana —decisivo solamente en relación con el delito de omisión de socorro— en el propio ámbito de la protección de la vida humana independiente, el acto del instigador se presenta en contradicción esencial con la norma prohibitiva de la creación de un peligro real para la vida humana. Lo que Ringel designa como "síndrome presuicidal" origina la prohibición jurídica de intervenir profundizando la situación de riesgo ya existente. Trátase aquí de un deber normativo diverso del de socorrer al que se refiere el art. 489 bis

(13) V. Ringel, E., *Der Selbstmord*, 1953, cit. por Simson, loc. cit., p. 95.

c.p. El objeto de la prohibición es en la inducción al suicidio aquella acción que dado el peligro existente, manifestado en la preexistencia de acciones preparatorias suicidas, fantasías suicidas, depresión, y signos interpretables como un *appelsuizid*, desequilibra definitivamente la situación y origina la resolución y el acto ejecutivo del suicidio.

La configuración de tal tipo penal, concebido como un injusto material, no como violación de normas éticas ni religiosas, debería ser efectuada mediante un lenguaje legislativo que negase la suficiencia de una conexión causal cualquiera, es decir, que informara de que aquí es precisa una conexión más estricta, menos fluida que la propia de la inducción como forma de participación general en el delito. En tal sentido algún Código penal reclama la “determinación” al suicidio. Este término no sólo apunta a la causalidad, sino a la imputación objetiva del acto de instigación. No basta que la resolución sea “causada” sino “originada típicamente”, o sea, mediante una acción cuyas propiedades permitan definirla como peligrosa para la vida en la situación concreta. La instigación debe ser, según esto, típicamente adecuada en el sentido de la teoría de Mezger, objetivamente imputable, en la dirección de la comprensión actual de la tipicidad penal (14).

Esta vía no es seguida por el Proyecto, que reproduce agravando los defectos de la regulación del art. 409 c.p.:

a) En primer lugar, sigue el Proyecto el método desacertado, procedente del Derecho territorial prusiano y del Código penal del Brasil de 1830, de unificar y correlacionar en una sola disposición legal

(14) V. *Tratado de Derecho penal*, I, 1935, p. 221.

tipos independientes de delito, para los que, a diferencia del art. 409 c.p. no se establecen penas autónomas, sino interdependientes. Desde una perspectiva técnico legislativa es más correcto y diáfano conectar al delito una pena precisa y definida directamente que acudir al método de la reducción o aumento del grado, reflejo de la dosimetría penal decimonónica, de la que el Proyecto da amplio testimonio a lo largo de la parte especial.

En este primer sentido, la caracterización del homicidio consentido como caso de cooperación ejecutiva al suicidio es un anacronismo y expresa una concepción inexacta de la materia legislativa.

b) No es tampoco razonable la proyección sobre la cooperación en el suicidio de la distinción entre cooperación necesaria y simple complicidad de la teoría general de la codelincuencia.

En primer término hay que destacar que hacer un delito de la cooperación no necesaria al suicidio plantea problemas sutiles a la luz de la teoría general del delito. La complicidad ha de poseer siempre eficacia causal. La acción del cómplice ha de integrarse en el complejo de condiciones determinantes del hecho, pues toda la teoría de la codelincuencia está dominada por el criterio de la causalidad (15). La cooperación innecesaria no caerá generalmente dentro del concepto técnico de auxilio. Auxilio o cooperación innecesaria, puede entenderse como accidental o jurídicopenalmente irrelevante. De acuerdo con ello, el art. 160 del Proyecto, tipificando hipótesis de cooperación no necesaria para el suicidio, opera con una concepción confusa de la teoría de la participación.

(15) V. Antón Oneca, J., *Derecho penal*, P. Gen., 1949, p. 424.

Por otro lado, los esfuerzos teóricos para establecer la delimitación entre cooperación necesaria y simple complicidad pueden hasta ahora considerarse fracasados. Ni la teoría de la fungibilidad de la acción sometida a valoración jurídica entre los diversos codeincentes (16), ni su consideración en sentido abstracto o concreto (17) ni la llamada teoría de los bienes escasos (18), de existir entre ellas diferencias sustanciales que vayan más allá de una diversidad en la formulación nominal, han conseguido separar claramente ambas nociones. Esta cuestión se ha convertido en un problema remitido a la discrecionalidad judicial. Parece como si la complicidad pudiese dar lugar a la vieja *pena extraordinaria*, de no hallarse presentes los rasgos de la cooperación necesaria, a la que el Código penal, en el nº 3 del art. 14, trata como autoría. De este modo la distinción entre uno y otro concepto se halla diluida en una especie de cláusula general, con la que se puede trabajar como se desee, introduciendo en el tratamiento del problema discutido los puntos de vista éticos y emocionales a los que se adhiere, o variarlos según la naturaleza del delito, la "perversidad moral" del autor, etc.

La transposición de tales criterios a la esfera de la participación en el suicidio carece de sentido. Esta afirmación se confirma en el derecho penal comparado, donde la solución del art. 160 carece de representación legislativa, *Entia non sunt multiplicanda sine necessitate*, enseñaba la vieja máxima escolástica. Tal

(16) V. Rodríguez Devesa, J.M., *Derecho penal español*, P. Gen., 7ª ed., 1979, p. 760.

(17) V. Antón Oneca, J., *Derecho penal*, P. Gen., 1949, p. 440.

(18) V. Gimbernat Ordeig, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, pp. 151 y ss.

regla lógica no puede decirse que haya sido tenida presente en el profuso Proyecto de Código penal. Si desde el punto de vista lógico jurídico no posee gran sentido distinguir entre cooperación necesaria y no necesaria al suicidio tampoco lo tiene en el valorativo, pues las diferencias en el contenido injusto, o en la reprochabilidad objetiva entre ambos supuestos dependerán más de las circunstancias concomitantes que de la índole de la acción. Entregar un veneno o un arma puede estimarse muy importante, es decir, caer dentro del auxilio necesario, mientras que dar un consejo sobre la forma de utilizarlos, considerarse contribución de menor significación. Pero la realidad es que en circunstancias concretas las acciones mencionadas pueden ser valorativamente intercambiables o, incluso, aparecer como más grave y reprochable proporcionar información que facilitar el medio para el suicidio. Esto pone de relieve que la valoración legislativa emprende aquí una peregrinación independiente de la realidad. La valoración de la materia deambula espectralmente con independencia de la materia de la valoración. Las diferencias particulares existentes entre casos como los propuestos no deberían pretenderse captar en el tipo sino únicamente en la medición judicial de la pena.

c) Deja sin resolver el Proyecto la discutida cuestión de si la participación en el suicidio reclama que el suicidio efectivamente acontezca. Según Cuello Calón, el delito de instigación o auxilio existe aunque el suicidio no se lleve a cabo (18 bis). Para este autor la acción se identifica prácticamente con el total delito. La doctrina ha reiterado, sin embargo, que el suicidio es elemento constitutivo de la figura, discutiéndose solamente si técnicamente constituye su resulta-

(18 bis) V. *Derecho penal*, T. II, v. 2º, 14 ed., p. 496.

do o es simple condición objetiva de punibilidad. La orientación del tipo en el Proyecto debería poseer conciencia de estas contraposiciones, pues si el suicidio se configura —a través del lenguaje legislativo— como resultado, la acción de instigación o auxilio seguida de un principio ejecutivo del suicidio, lesiones, etc., presentará los rasgos de la tentativa. Por el contrario, de concebirse el suicidio como condición de punibilidad únicamente cuando acontezca se hallarán fundamentados los presupuestos de la pena.

En nuestra opinión, sólo el suicidio consumado debería dar lugar a la pena en casos de instigación o auxilio. En el sentido del Código penal italiano, podría extenderse la punibilidad, a lo sumo, a supuestos de tentativa de suicidio con resultado de lesiones graves. De no procederse así, pueden surgir situaciones incoherentes cuando no sufre daño alguno el suicida mientras que quien lo indujo o auxilió es sometido a la pena privativa de libertad. Las decisiones legislativas no son necesariamente expresión de principios éticos, ni deducciones lógico formales de determinadas premisas, por ej., del principio de la punibilidad general del acto de tentativa en el sistema penal. Por el contrario, deben ser portadoras de aquella prudencia política que está atenta a las consecuencias secundarias de las regulaciones penales, como ha propuesto siempre la política criminal.

En el campo considerado, el Proyecto adolece de defectos profundos. La disposición del art. 160 está necesitada de más cuidadosa consideración. El Derecho penal comparado muestra que en la participación en el suicidio todo es controvertible, comenzando por la oportunidad de su incriminación. Los problemas de fondo que suscita son más difíciles de lo que a primera vista pudiera parecer. Es ilustrativo cómo en una

sentencia reciente se trata el problema límite de la punibilidad de la participación culposa en el suicidio, impune con arreglo al art. 409 y al derecho penal comparado. Los hechos probados narran la historia trágica de dos personas que deciden poner fin a sus vidas por amor, para sustraerse a las dificultades insuperables que la existencia les plantea. Para conseguir el medio con que realizar el suicidio, engañan a un farmacéutico, de quien solicitan un fármaco con que causar sin dolor la muerte a un perro hidrofóbico. En la soledad del campo se inyectan recíprocamente la sustancia. La joven fallece, en tanto que el hombre sobrevive a los efectos del medicamento. ¿Quid iuris?. Según la Sala Segunda del Tribunal Supremo se está aquí ante las siguientes conductas delictivas: a) La acción de inyectar a la joven fallecida constituye un delito de homicidio suicidio, o de auxilio ejecutivo para el suicidio, del art. 409 del Código penal; b) En lo que concierne al farmacéutico, es apreciado un delito de expendición de medicamentos sin cumplir las formalidades legales o reglamentarias del art. 343 bis. Sobre esta base cuestiona la sentencia la posibilidad de la imputación al farmacéutico de la muerte de la mujer. Esta consecuencia se estima subsumible en el art. 348 C.p., en el que se configura un delito de responsabilidad por el resultado, consistente en la causación de la muerte como efecto de la comisión de un delito contra la salud pública. Simultáneamente, se declara que este hecho puede calificarse también como delito de homicidio culposo del art. 407, en relación con el art. 565, pfo. segundo, del Código penal (homicidio cometido por simple imprudencia o negligencia con infracción de reglamentos). La Sala entiende que el concurso entre el art. 348 y el art. 407, en relación con el art. 565, pfo. segundo, es aparente, es decir, no debe ser estimado como concurso de delitos

sino de leyes que se excluyen entre sí. La conclusión final es que la acción del farmacéutico, condicional de la muerte de la joven, se debe estimar definitivamente como homicidio culposo (19).

La solución pone de relieve las dificultades que la participación en el suicidio, defectuosamente regulada en el art. 409 C.p., plantea a la doctrina y la práctica del Derecho. Hipótesis semejantes han sido objeto de estudio por los Tribunales alemanes. En el caso de quien lleva un arma en un vehículo, la cual puede ser alcanzada fácilmente por la mujer que le acompaña, de quien cabía fácilmente pensar que podría emplearla para producir su suicidio, se discute si puede afirmarse la existencia de homicidio culposo. La solución al problema ha sido negativa, pues los hechos presentan realmente una cooperación culposa al suicidio ajeno, no prevista —tampoco la dolosa— en el Código penal alemán. Objetivamente, el acto del farmacéutico es caracterizable también como aportación de medios para que otra persona se suicide. Pero subjetivamente presenta una hipótesis de *error sin objeto*, pues la entrega de la sustancia se realiza para dar muerte a un animal, no para que se dé muerte un hombre, error que excluye el dolo del auxilio para el suicidio, dolo que reclama el inciso primero del art. 409, en el que sólo se sanciona “el que prestare auxilio... a otro *para que* se suicide” (20).

La parte especial del Código ofrece permanentemente decisiones tan problemáticas como las examinadas. Es de esperar que, aprobado el Proyecto de Código penal por las Cortes, sea emprendida la consi-

(19) V. Sentencia Sala 2ª T.S. de 15 de diciembre de 1977.

(20) Sobre los problemas de la intervención culposa en el suicidio, vid. Roxín, C., *Problemas básicos de derecho penal*, trad. de Luzón Peña, D.M., pp. 183 y ss.

deración de su reforma. Esa es la tarea más sugestiva que plantea el Proyecto de Código Penal de 1980.

II

I. El homicidio suicidio es, en el derecho penal comparado, legislativamente independiente de la participación en el suicidio. No es participación en el suicidio agravada susceptible de punición con pena superior en grado, es decir, con prisión de ocho años a doce años como sugiere implícitamente el art. 160. El criterio de unificar la participación en el suicidio y el homicidio suicidio, procedente del Derecho territorial prusiano de 1794 (Parte II, Tít. 20, pgfo. 834) y del Código penal del Brasil de 1830, no se mantiene en los códigos penales actuales, salvo los de Portugal y Japón. El Código penal alemán vigente (pgfo. 216) conmina una pena de seis meses a cinco años de prisión para el homicidio a petición expresa e insistente de la víctima, criterio que confirma el Proyecto Oficial de Código penal de 1962. El Proyecto Alternativo alemán regula el delito en el pgfo. 101, mencionando a “el que mate a otro que lo haya solicitado seriamente”, y fija una pena de hasta tres años de privación de libertad. La idea de fijar una pena mínima reducida está extendida en el derecho comparado. Es aconsejable porque en ocasiones la acción presenta un contenido de injusto y de culpabilidad sumamente bajo, especialmente en casos de eutanasia consentida. Dinamarca (pgfo. 239) establece la pena mínima de sesenta días de arresto y Suiza de tres días de prisión. En Holanda, indican Simson-Geerds, que el mínimo, al menos teóricamente, podría reducirse a un día de arresto, aunque el máximo puede extenderse hasta doce años (21).

(21) V. Simson, G. y Geerds, F., *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte*, 1969, pp. 63 y ss.

Para decidir las exigencias legislativas propias del homicidio consentido, así como la pena correspondiente, debe tenerse en cuenta la variedad de casos que pueden presentarse en la realidad. Es importante por ello que el límite mínimo de la pena no impida reconocer al Juez el escaso contenido de injusto o culpabilidad del hecho, especialmente en hipótesis de eutanasia consentida de próximos familiares. La pena puede desplegar entonces la función simbólica de mostrar la intangibilidad de la vida, pero reconociéndose simultáneamente que en situaciones terminales de procesos dolorosos irreversibles, si el enfermo reclama insistentemente la ayuda, no puede dejarse de tomar en cuenta la motivación de los familiares próximos. De aquí deriva en el derecho penal comparado la fijación de marcos penales con mínimos muy bajos. En cuanto a su límite máximo debería de estar por debajo del mínimo de pena del homicidio, pues el contenido de injusto del homicidio consentido —por su inferior desvalor típico de acción— es menor que el del homicidio simple. Es en este ámbito muy importante que el sistema sea consciente de los delitos compatibles con la suspensión de condena. Respecto al homicidio suicidio, esta finalidad no puede conseguirse con la regulación del Proyecto, que incluso si se aprecian circunstancias atenuantes calificadas, no permite descender del límite de cuatro años de prisión (22). Frente a casos de eutanasia consentida es frecuente mencionar la posibilidad del indulto. Pero la gracia opera sobre supuestos particulares y de lo que aquí se trata es de la formación de la ley penal para hipótesis típicas. Respecto al homicidio consentido no debe olvidarse que no se discuten en él inmediata ni únicamente cuestiones religiosas. El derecho penal

(22) V. art. 78, regla 5^a, en relación con el art. 82, del Proyecto de Código penal de 1980.

se formula para grupos sociales diferenciados, en correspondencia con la concepción democrática del Estado. La intangibilidad de la vida humana está reconocida tanto por el Derecho como por la Ética; los puntos de vista de estos órdenes normativos no pueden disentir, pero sus conclusiones no son necesariamente idénticas. El Derecho debe tener presente que la acción realizada con consentimiento de la víctima presenta menor contenido de desvalor típico y culpabilidad generalmente más reducida que el homicidio simple, cuando no media una exclusión de culpabilidad, en atención a las reglas generales.

La solución legislativa correcta exige desconectar el homicidio consentido del suicidio y tratarlo como delito autónomo o independiente, no como hipótesis de participación en el suicidio. Debe contener, además, un marco penal que por la gravedad de su límite máximo destaque suficientemente la intangibilidad y respeto que merece la vida, pero cuyo mínimo permita una valoración racional de los supuestos merecedores de la suspensión de condena, a fin de poder evitar, en su caso, la pena de prisión al autor.

III

La eutanasia no debe ser objeto de previsión en el Código penal. La discusión del problema de la eutanasia no ha conducido al establecimiento de reglas legislativas especiales en el derecho penal comparado. Las pretensiones del grupo *Exit* en Inglaterra no han encontrado acogida en el Decimocuarto Informe para la Reforma del Derecho penal (Delitos contra las personas), que considera la eutanasia como problema médico. La comisión no juzga posible que el legislador

adopte decisiones jurídicas en este campo (23). En Suiza, según informa Clerc, por iniciativa del Cantón de Zurich, ha sido planteada la cuestión de la eutanasia voluntaria en favor de enfermos incurables. No se trata sólo de la ortotanasia por omisión, es decir, de la supresión de la asistencia en la fase terminal de un proceso incurable y doloroso, o sea, de dejar actuar a la naturaleza, ni de la supresión de un tratamiento destinado al fracaso, sino de la eutanasia activa, en que la muerte es causada por el médico con relación a una persona afectada de una enfermedad incurable y dolorosa, que ha expresado auténticamente la voluntad de morir, confirmada 72 horas después por otro acto auténtico, en presencia de un médico psiquiatra que certifique que el enfermo dispone de discernimiento. En el informe de Clerc que transcribimos, se dice que la proposición de ley ha provocado emoción en Suiza, pero que ha obtenido respuesta negativa (24). Las excepciones al principio *non occides* reconocidas tradicionalmente por las Iglesias han sido la pena capital, la legítima defensa y la guerra justa. En contra de la introducción de una nueva excepción se ha manifestado la Iglesia católica repetidamente y en coincidencia con su criterio, las Iglesias evangélicas. Con los motivos religiosos se coordinan los sentimientos y la dificultad de controlar la posible práctica. Debe tenerse presente, indica Auer, que el reconocimiento de la eutanasia activa originaría una falta de seguridad de los enfermos graves, ante todo de los enfermos mentales en las instituciones hospitalarias.

La noción de eutanasia no es unívoca. Bajo este nombre sitúa Walder las hipótesis siguientes:

(23) Vid., *The Criminal Law Review*, 1980, pp. 517 y 540 y ss.

(24) V. Clerc, F., *Chronique helvétique trimestrale*, en *Revue Pénale Suisse* (95), 1978, p. 24 y (96), 1979, p. 67.

a) El auxilio activo a morir sin acortamiento de la vida, la ayuda “en” —no “a”— la muerte, es decir, la denominada eutanasia auténtica o genuina con la que se trata de mitigar el sufrimiento del enfermo, principalmente mediante lenitivos o analgésicos, control de la sofocación y prestación de asistencia psicológica. No solamente se está aquí ante actos atípicos desde la perspectiva de los delitos contra la vida y la integridad corporal, sino también ante un deber médico, cuyo incumplimiento puede en su caso plantear la existencia de una omisión punible de socorro.

b) El auxilio activo a morir con acortamiento de la vida. En tal caso, las medidas médicas determinan como efecto la muerte anticipada del paciente, aunque la intención de adelantar el fallecimiento se encuentra ausente (eutanasia indirecta).

En esta hipótesis podría suscitarse la cuestión de si se halla presente un homicidio culposo. Pero sólo la comprensión causal del tipo y la visión psicológica de la culpabilidad pueden llevar a sostener que en este grupo existe responsabilidad penal.

La visión causal del tipo implica que en el homicidio es típica toda acción condicional de la muerte en su conformación temporal y espacial concreta. De este modo el adelantamiento de la muerte, incluso por breves momentos, debería estimarse como un hecho incluido en el tipo del homicidio. Por otra parte, la culpabilidad culposa se agota psicológicamente en la previsibilidad, es decir, con el pronóstico subjetivo, *ex ante*, desprovisto de referencias valorativas, del resultado mortal.

El ejemplo representativo de este grupo es el suministro de sedativos que colateralmente originan una anticipación del fallecimiento. Está aquí ausen-

te, por principio, el dolo del hecho. Únicamente resta por examinar si puede venir en consideración un delito culposo de homicidio. La decisión del problema exige determinar si la acción es contraria al deber objetivo de cuidado, es decir, si sobrepasa el riesgo permitido. La acción que se mantiene dentro de los límites de éste sería atípica en el sentido del homicidio culposo. De no negarse la tipicidad, se encontraría cubierta por una causa de justificación (25). En lo que concierne a la eutanasia indirecta, la fijación del límite del deber objetivo de cuidado o del riesgo permitido es asunto fundamentalmente médico, es decir, circunscrito por la *lex artis*, que flexiblemente concebida preceptúa el alivio del dolor en la situación límite entre la vida y la muerte. El Derecho debe plegarse al dictamen procedente del saber médico. En el sistema penal español iguales conclusiones pueden derivarse de la interpretación sustancial de la eximente 11ª del art. 8, es decir, del carácter justificante del ejercicio legítimo de la Medicina. La altura del deber objetivo de cuidado, el nivel de riesgo que en la situación concreta se permite o el juicio sobre la legitimidad no se establecen por el jurista independientemente, sino en atención al nivel histórico cultural de la práctica médica. La *lex artis* es la que determina qué acciones médicas son debidas y cuáles indebidas. La medicina es una función social basada en el saber científico cuyas pautas normativas de acción —lo que en el caso concreto debe hacer un médico prudente y diligente— son decisivas para el Derecho. De conformidad con ello el suministro prudente y diligente de

(25) V. Walder, H., *Vorsätzliche Tötung, Mord und Totschlag*, StrGB arts. 111-113, en *Revue Pénale Suisse*, (96) 1979; sobre la moderna dogmática del delito culposo, vid. Nuñez Barbero, R., *El delito culposo*, 1975; Torío López, A., *El deber objetido de cuidado en los delitos culposos*, en *Anuario de Derecho Penal*, 1974, pp. 25 y ss.

fármacos en situaciones terminales gravemente dolorosas, no contradice el riesgo permitido, ni infringe el deber objetivo de diligencia, ni constituye ejercicio ilegítimo, sino legítimo, de la profesión médica.

El punto de vista de que en los casos de adelantamiento no pretendido de la muerte como efecto colateral del empleo de lenitivos, analgésicos, etc., no existe responsabilidad jurídico penal constituye, con excepción del criterio de Maurach-Zipf (26), la doctrina dominante. El problema del fundamento de la exención de responsabilidad —apreciación de una falta de tipo o de una causa de justificación— es secundario desde la perspectiva político criminal.

c) En tercer lugar se encuentran las hipótesis de *eutanasia directa*. Presupuesto de ellas es la existencia de un proceso doloroso juzgado insufrible al que se conecta un pronóstico infausto. La acción está dirigida aquí al acortamiento de la vida. La tipicidad del comportamiento no puede por ello desconocerse. Estos supuestos, como advierte Eser, son cada vez más infrecuentes por la existencia de medios farmacológicos adecuados para neutralizar el dolor pero cuando se plantean no es posible negar la responsabilidad jurídico penal (27). Únicamente es posible tener en cuenta las peculiaridades del proceso de motivación del autor influyentes en el grado de la responsabilidad o, cuando la solución jurídica es excesivamente rigurosa, acudir al recurso de la gracia.

d) Por último, la hipótesis más discutida en la actualidad es la llamada *eutanasia pasiva*, es decir, los

(26) V. Maurach-Zipf, *Strafrecht*, Bes. Teil, Tbd. 1, 6 Auf, p. 15.

(27) V. Eser, A., *Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch aus rechtlicher Sicht*, en *Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe*, 1977, pp. 90 y ss.

casos en que el paciente es asistido con medios que prolongan artificialmente la vida (ventilación asistida, reanimadores, tratamiento en unidades de vigilancia intensiva, etc.). En esta situación es discutido hasta qué punto ha de ser prolongado el tratamiento y cuándo, por el contrario, puede interrumpirse sin que exista para el médico responsabilidad jurídica penal. Para Walder debe ser tenida presente la voluntad del paciente como base de la discusión. La persona consciente puede determinar por sí misma qué tipo de auxilio médico o qué tipo de asistencia desea con relación a su propia vida o muerte. Esta voluntad es, en principio, decisiva. El médico no puede ser nunca responsable de omitir atenciones profesionales que el paciente rechaza se sigan prolongando (28). Pero según dicho autor "si el paciente solicita el auxilio o no puede disentir de modo consciente constituye un deber continuar su prestación. En tal sentido, no es posible, por ej., omitir la alimentación cuando ésta hubiera prolongado la vida del moribundo. La cuestión es diversa, sin embargo, cuando la prestación no puede ya dar lugar a una prolongación racional de la vida, es decir, en casos de existencia puramente vegetativa de personas carentes de consciencia durante un largo plazo y de quien con seguridad es un moribundo. En tal situación las medidas médicas iniciadas podrían ser interrumpidas de forma atípica, sin que quepa hablar entonces de responsabilidad criminal" (29).

Este criterio está necesitado, sin embargo, de mayor precisión. Como punto de partida de la discusión ha de tenerse presente que la eutanasia, en todas sus modalidades, implica la pervivencia de las funciones vitales. Las acciones *post mortem*, ejecutadas cuando

(28) V. Walder, H., loc. cit., p. 130.

(29) V. Walder, loc. cit., pp. 130 y ss.

sólo persisten procesos residuales incompatibles con la noción de vida no pueden incluirse en los tipos de las lesiones ni del homicidio. Del mismo modo que la práctica de los trasplantes de órganos presupone el fallecimiento del donante, la eutanasia implica la presencia de la vida del paciente.

La cuestión, sin embargo, presenta actualmente mayor complicación que en épocas precedentes por el desplazamiento progresivo del “concepto clásico” y la creciente afirmación del “concepto actual” de muerte.

La concepción tradicional entiende que la muerte consiste en la paralización irreversible de la actividad respiratoria y circulatoria con consiguiente detención de la función propia de la totalidad de las células del organismo. Tal noción cede progresivamente terreno ante la noción que identifica la muerte con la cesación definitiva de la totalidad de las funciones encefálicas, revelada en la persistencia de un electroencefalograma isoelectrico, es decir, en la carencia de respuesta cerebral —el denominado silencio cerebral—, confirmado por pruebas complementarias orientadas a proporcionar certidumbre sobre el hecho fundamentador de la situación de fallecimiento (30). El cambio de una a otra concepción ha obedecido a consideraciones científicas y prácticas. Las primeras consisten en el mejor conocimiento de los procesos letales, es decir, en su diagnóstico y la certidumbre de su carácter irreversible. Los motivos prácticos vienen dados por la posibilidad de mantener artificialmente de forma prácticamente indefinida la circulación y la actividad respiratoria (31).

(30) V. Wessels, J., *Strafrecht*, Bes. T. 1, 2 Auf., 1977, p. 3.

(31) V. Romeo Casabona, C.M., *Los trasplantes de órganos*, 1978, pp. 47 y ss.; Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch*, 18 Auf., antes del

La decisión acerca del concepto precedente ha de ser adoptada en relación con cada ordenamiento jurídico. La muerte, un hecho tan elementalmente natural, es en último término una característica normativa del tipo del homicidio, es decir, una noción jurídicamente valorizada, donde la base fáctica, descriptiva, experimenta la mediación de la decisiva valoración del legislador. Aquí parece también mostrarse, en el sentido de Erik Wolf, que la totalidad de los elementos de los tipos son características que deben de concebirse normativamente. En lo que concierne al sistema penal español es ahora decisiva la ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, en la que la verificación de la muerte se basa en la irreversibilidad de las lesiones cerebrales, y, por tanto, incompatibles con la vida (32). La noción de muerte ha de ser unitaria para la totalidad del ordenamiento jurídico, pues no es admisible que se opere con la "noción clásica" de forma general, y de modo particular con el "concepto moderno" a los fines de la extracción y trasplante de órganos. Presupuesto, por tanto, que de conformidad con el criterio jurídico —una cuestión que reclama una investigación de detalle que no puede ser realizada aquí— el paciente ha muerto, se abre la posibilidad de la obtención de sustancia o de órganos para el trasplante. Y únicamente cuando el enfermo no puede considerarse fallecido se puede suscitar la cuestión del tratamiento jurídico penal de la denominada eutanasia pasiva, en la cual son suprimidas medidas previamente instauradas para la prolongación de la vida por estimarse que su mantenimiento no posee sentido médico, hallándose además en tensión con el derecho reconocido al paciente

pgfo. 211, 3; para la base biológica, vid. Plum, F. y Posner, J.B., *Lo esencial del estupor y coma*, 1973.

(32) Art. 5, 1.

a una muerte natural, un derecho que no sólo es quebrantado cuando la vida es interrumpida mediante una acción directa de eutanasia, sino cuando se procede a una dilatación artificial e indefinida de la vida, incompatible con la dignidad del hombre (33).

En sentido jurídico penal, aunque sin desatender los difíciles presupuestos filosófico jurídicos del problema, se plantea la cuestión de si un acto médico concreto por el que se suprimen los medios artificiales operantes —respiración, animación, etc.—, con la consecuencia de la detención de las funciones vitales aún existentes, puede ser incluido o no en el tipo del homicidio. En principio, la conclusión afirmativa parece estar avalada por el hecho de que tal “acto” anticipa la muerte del enfermo.

Sin embargo, el análisis jurídico penal muestra que el problema contiene planos diversos y complejos de cuya consideración correcta depende la solución:

a) La acción natural de retirar los medios instrumentales que mantienen funciones vitales de carácter residual es, según una concepción causal del tipo del homicidio, la condición sin la cual (c.s.q.n.) el resultado no hubiera sobrevenido. En consecuencia es un acto típico, que origina un indicio de antijuricidad, no susceptible de ser neutralizado por la presencia de una causa de justificación legalmente reconocida en el derecho positivo. La existencia de un eventual consentimiento expreso —por ej., mediante un testamento eutanásico— o presunto, susceptible de afirmación por vía inductiva a la luz de consideraciones antropológicas y de la situación empírica existente son caminos

(33) V. Auer, A., *Die Unverfügbarkeit des Lebens und das Recht auf einen natürlichen Tod*, en *Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe*, cit., pp. 34 y ss.

jurídicamente no practicables, pues el principio *volenti non fit iniuria*, en el área de los delitos contra la vida carece de eficacia. La presencia de un derecho profesional del médico encuadrado en la eximente 11^a del art. 8 C.p. enlaza con lo que se dirá a continuación.

Para Geilen, el acto por el que se retira la asistencia instrumental instaurada no equivale, sin embargo, a un obrar activo, como parece haberse concedido hasta ahora, sino a la omisión de una actividad asistencial previa que, a partir de cierto momento, deja de prestarse. Esta omisión merece jurídico penalmente a su juicio consideración igual que la interrupción de un masaje cardíaco o de una respiración artificial anteriormente iniciada. El aparato es como una *longa manus* del médico. Del mismo modo que no se imputa a éste responsabilidad alguna cuando interrumpe la actividad en los casos citados, la omisión del tratamiento artificial tampoco debe entenderse incluida en el tipo del homicidio (34).

Según Walder, por la aceptación del cargo —cabría decir que por su posición en la institución hospitalaria— el médico se halla en posición de garante de la vida del paciente. Si omite en la situación límite propia de la eutanasia pasiva seguir proporcionando alimentos o proseguir el tratamiento de un moribundo es punible únicamente si la actividad omitida hubiese prolongado racionalmente la vida. Por el contrario, en el caso de originarse una dilatación sin sentido de la vida vegetativa de una persona privada de consciencia y que fallecerá con toda seguridad, la medida instrumental implantada previamente puede ser retirada. La omisión de la asistencia no será típica, ni por tanto punible, pues el médico no está obli-

(34) V. Geilen, G., *Euthanasie und Selbstimmung*, 1971.

gado a apurar toda posibilidad conducente a la prolongación de la vida si la persona se halla privada durante un largo plazo de consciencia, si no recuperará ésta y fallecerá con seguridad (35). Este criterio no deja de ser cuestionado en la doctrina. Para Bockelmann, la retirada o supresión de un reanimador cuando aún no es segura la cesación irreversible de la actividad cerebral —por tanto, cabe decir, cuando según el concepto actual el enfermo aún no ha muerto— es una acción típica de homicidio (36). En este caso, cabría añadir, únicamente la presencia de un estado de necesidad podría operar *a posteriori* de la tipicidad como causa de inculpabilidad del autor (por ej., si los medios instrumentales son imprescindibles para atender a un enfermo con mejor pronóstico). Pero este modo de considerar el problema discrepa de la doctrina más extendida en la actualidad. A juicio de Stratenwerth, la interrupción de la actividad de una máquina puede compararse a la supresión de la respiración artificial o a la falta de repetición de inyecciones de apoyo, dado que jurídicamente el aparato no es para el médico sino una *longa manus* (37). Por su lado, Eser no sólo toma en cuenta para la discusión los casos en que el tratamiento intensivo es interrumpido sino aquellos otros en que el médico omite atender complicaciones incidentales, permitiendo que el proceso natural siga su curso inevitable, sin tratar inútilmente de neutralizar una serie causal intercurrente. La falta de aportación de medidas irreales frente a enfermos de edad avanzada con pronóstico desgraciado son casos de eutanasia indirecta, que no plantean problemas al médico de familia, mientras

(35) V. loc. cit., p. 130.

(36) V. *Strafrecht des Arztes*, 1968, p. 30.

(37) V. Stratenwerth, G., *Sterbehilfe*, en *Revue Pénale Suisse*, 1978, pp. 66 y ss.

que la supresión del medio instrumental en la unidad de vigilancia intensiva plantea por el contrario al profesional graves dificultades (38). En los médicos se observa, afirma Auer, gran vacilación para adoptar la decisión de interrumpir una asistencia que carece científica y humanamente de sentido. Cuando se prescinde de continuar suministrando antibióticos se piensa que el médico no hace más que dejar actuar a la naturaleza. Pero si se trata de no mantener el funcionamiento del aparato, se cree que el médico es dueño y señor de la vida. Estas consideraciones emocionales no tienen, sin embargo, por qué coincidir con el criterio técnico jurídico, pues no existe motivo alguno para que el omitido suministro de medicamentos deba someterse a criterios diversos de la supresión de la acción de un aparato de ventilación o respiración asistida. Dada la falta de conciencia irreversible del enfermo moribundo, interrupción de un tratamiento medicamentoso o instrumental son intercambiables entre sí a los efectos del derecho penal. De no producirse un fallo mecánico, el funcionamiento del aparato debería proseguir indefinidamente. Para evitar esta situación podría imaginarse —como alguien ha propuesto, recuerda paradójicamente Eser— que la máquina se construyese de modo que cada cierto tiempo hiciera preciso una acción adicional que reactivase su funcionamiento. Pero una vez deseada esta indicación clínica, es evidente que para evitar la pesadilla de un aparato funcionando *ad infinitum* se ha de acudir a otros puntos de vista. La solución entonces consiste en distinguir entre acortamiento querido de la vida —constitutivo de eutanasia directa— y omisión de medidas de mantenimiento de la vi-

(38) V. Eser, A., loc. cit., p. 138.

da, susceptibles de estimarse dentro de ciertos límites como médicamente preceptuadas (39).

Nuestra opinión es que en la llamada eutanasia pasiva, a la que ahora únicamente nos referimos, está presente un *acto médico*, acto que debe ser objeto de consideración de acuerdo con el criterio técnico científico, pero también deontológico de la ciencia médica. Es la *lex artis*, ética y científicamente configurada, la que en último término proporciona aquí la base de la apreciación jurídica del problema. La cuestión se resuelve según la norma de cultura, a cuya luz es preciso poner toda cuestión jurídico penal controvertible. En la eutanasia pasiva el deber de actuación médica es objeto de conformación con arreglo a pautas, científicas y deontológicas. No puede decirse que la simple aceptación previa del cargo o la integración en la plantilla médica institucional, en virtud de la cual queda situado en posición de garantía frente al enfermo concreto, condene al profesional a una actividad ilimitada, fuera de lo indicado racionalmente. Esto podría conducir a una práctica profesional artificiosa e irracional. Entendemos que los límites del deber de asistencia aparecen circunscritos por la *lex artis*. Es ésta la que determina hasta donde se extiende el contenido del deber. Esto plantea, sin duda, problemas indiscutiblemente graves. En nuestra opinión la decisión en hipótesis de eutanasia debería remitirse en la medicina institucional a un criterio objetivo, en el que estuvieran firmemente garantizados los aspectos técnico científicos y, simultáneamente, excluidos puntos de vista subjetivos, personales, sobre una decisión que se encuentra en el límite de la vida y de la muerte. El problema suscita diversas cuestiones fundamentales. Desde el punto de

(39) V. Eser, A., loc. cit., p. 139.

vista científico natural supone un juicio de pronóstico que, previa comprobación de la falta de conciencia afirma también la seguridad del fallecimiento así como la inutilidad e ineficacia de cualquier medida que pudiera ser adoptada. Pero en segundo término el problema presenta una vertiente ético-social o normativa para la cual es decisivo el derecho del enfermo a la muerte natural y el punto de vista deontológico de que en la situación concreta la interrupción de la asistencia es la medida procedente según el criterio médico objetivo. La garantía de que estos presupuestos están presentes no debería dejarse, sin embargo, en el área de la medicina institucional a una decisión subjetiva del médico, ni siquiera a la consideración conjunta de los integrantes de un equipo, entre los cuales la práctica profesional continua uniforma la consideración crítica y cede paso a criterios de autoridad instalados en el grupo. Por el contrario, en las instituciones de asistencia médica la decisión debería ser acordada por un equipo especializado en el que, con asesoramiento oficial jurídico, especialistas cualificados en los problemas límite entre la vida y la muerte adoptasen la decisión juntamente con el equipo que juzgase indebida, médica, deontológica y humanamente, la prolongación de la asistencia.